

1º Lugar

ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: PROMOVENDO O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Siddharta Legale Ferreira

1 INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública é uma figura anfíbia, acostumada a transitar entre dois mundos: o terreno da atividade administrativa incumbida da execução concreta de políticas públicas e o mar de ações judiciais contra o Estado ao qual cabe a defesa jurídica¹. Entre o Poder Executivo e o Judiciário, ela desempenha uma atividade fundamental ao Estado Democrático de direito, assegurando os interesses patrimoniais da Fazenda Pública, o respeito ao princípio da

¹ Devemos enfatizar que no Brasil a Advocacia Pública foi fracionada em três espécies: advocacia da sociedade com o Ministério Público; advocacia dos necessitados, ou seja, a defensoria pública; e a advocacia do estado ou dos entes federativos, prevista, por exemplo, no art. 131 e 132 da Constituição federal. Após um interessante estudo de direito comparado, Cláudio Grande Júnior explica que passamos de um modelo unitário (do estado e sociedade) para o modelo dualista em que a defesa da sociedade recai no Ministério Público e a do Estado nas procuradorias – modelo adotado por países como Argentina, Peru e Itália. Para mais detalhes sobre o tema, Cf. GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública: Estudo classificatório de direito comparado**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007, p. 183.

legalidade e da moralidade administrativa e a efetivação dos direitos humanos fundamentais².

De um lado, é responsável por ser o órgão de consultoria jurídica do Poder Executivo que é responsável por implementar políticas públicas que efetivarão direitos humanos fundamentais. Sem uma atividade administrativa organizada em consonância com as diretrizes da Constituição de 1988 e da legislação democraticamente aprovada, não há respeito à dignidade da pessoa humana, ao direito à educação, à saúde e muitos outros direitos humanos fundamentais e importantes para construção de uma sociedade justa em que sejam respeitadas as liberdades e o mínimo existencial dos cidadãos. É justamente a Advocacia Pública que possui a difícil tarefa de avaliar em primeiro momento se a realidade que o Executivo pretende transformar de uma determinada forma pode ser feita da maneira pretendida, sem conflitar com as normas constitucionais e legais, aconselhando a adotá-las ou não. Em última instância, é a Advocacia Pública que faz um primeiro juízo jurídico sobre a dimensão positiva dos direitos humanos.

De outro lado, a Advocacia Pública possui outra importante atribuição constitucional: realiza a representação judicial da Fazenda pública em juízo. Como se sabe, nem só de dimensão positiva vivem os direitos humanos fundamentais. Eles também possuem uma dimensão negativa e uma eficácia vertical contra o Estado. Os cidadãos podem ver seus direitos violados por uma ação ou omissão estatal e ingressar em juízo para vê-los respeitados, ou obtê-los. Em um mar de responsabilidades, às vezes isso acontece realmente, e é preciso efetivá-los, mas também, às vezes, pessoas mal intencionadas

² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 619 e ss. No mesmo sentido, DELGADO, José Augusto. **Autonomia das procuradorias dos estados**. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006, p. 50: “Aos Procuradores dos Estados, por outro ângulo, são aplicáveis o princípio constitucional da sua indispensabilidade na defesa judicial dos entes federados, pelo que estão protegido pela imunidade atribuída aos advogados. São mensageiros e, ao mesmo tempo, soldados defensores das liberdades públicas e do patrimônio estatal. Lutam pelas garantias instituídas pela ordem jurídica, pautando as suas ações na valorização da dignidade humana e no fortalecimento da cidadania.”

pretendem se locupletar à custa do patrimônio público. Nesse momento, entram em cena os advogados públicos que, mais do que uma profissão, possuem o importante múnus público de não deixar que uns se beneficiem injustamente do patrimônio que é de todos. Não está em jogo apenas o interesse do estado contra o de um indivíduo, mas sim o interesse de todos contra o do indivíduo. É verdade que, não raro, se está diante de uma advocacia de massa para problemas de massa, razão pela qual é preciso encontrar estratégias para lidar com uma judicialização excessiva sem comprometer, e para efetivar, os direitos humanos.

Como se pode observar, a Advocacia pública lida com interesses primários e secundários³, com efetivação e respeito aos direitos humanos fundamentais ou com patrimônio público. Tanto é assim que atualmente já se fala em um direito fundamental à boa administração⁴, paradigma a partir do qual o Estado social e democrático de direito pressupõe não só a responsabilidade estatal por seus atos

³ Em sentido aparentemente contrário, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70: “É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. (...) O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhes tocam.”

⁴ Confira-se o Art. 41 da Carta dos direitos fundamentais da União Européia, também chamada de Carta de Nice (Artigo 41.o Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.).

e omissões, mas a preparação e valorização das carreiras públicas para o diálogo institucional entre os poderes, como uma forma de atingir os objetivos de desenvolvimento humano, relacionados aos direitos humanos⁵. Para cuidar da relação entre advocacia pública e os direitos humanos, traçamos o seguinte roteiro: (i) a advocacia pública como conselheira da efetivação dos direitos humanos fundamentais ao Executivo; e (ii) a fazenda pública em juízo e os direitos humanos fundamentais, especialmente os de caráter social como o direito à saúde.

2 ADVOCACIA PÚBLICA, PODER EXECUTIVO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A Advocacia Pública que pretendemos abordar é uma advocacia do Estado. Ela não se vocaciona a cuidar dos interesses dos governantes, mas dos interesses estatais e sociais permanentes⁶. Como se sabe, o Estado encontra-se, ao mesmo tempo, limitado pelos direitos humanos fundamentais e com a incumbência de dar efetividade, e há quem diga por isso, que hoje em dia haveria um direito fundamental à boa administração. Para que haja uma Administração Pública como essa, é fundamental que ela esteja cercada de agentes públicos capazes que prestar apoio técnico e jurídico para identificar necessidades e potenciais violações por uma espécie de

⁵ Sobre o tema, Cf. MORGADO, Cintia. **Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento.** Revista de Direito da Procuradoria Geral n. 65, 2010, p. 68 e ss. Considerando as carreiras de estado essenciais para evitar os malefícios de uma regulação estatal falha e para assegurar o exercício legítimo da discricionariedade administrativa em consonância com o direito fundamental à boa administração. Cf. FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração.** São Paulo: Malheiros, 2009, p.114-125.

⁶ DELGADO, José Augusto. **Autonomia das procuradorias dos estados.** Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006, p. 61: “Somos testemunhas presentes, repetimos, de que os Procuradores dos Estados, na concepção que possuem de que não são empregados dos Chefes dos Poderes, porém, súditos diretamente vinculados aos anseios da cidadania, cumprem, de acordo com os comandos constitucionais, especialmente, os dogmas da moralidade, as atividades inerentes à defesa do direito posto em Juízo.”

controle interno. A Advocacia Pública é instituição incumbida disso, de prestar consultoria e assessoramento ao Estado para que ele possa se tornar o que pretendemos que ele seja (ou mais). Para tratar desse tema, percorre-se o seguinte roteiro: (i) o conceito e a espécie de direitos fundamentais; (ii) o papel do Executivo; e (iii) a advocacia pública nessa relação.

Faz-se necessário, preliminarmente, um esclarecimento terminológico e de conteúdo sobre a expressão a ser empregada para designar o conjunto de direitos subjetivos delimitados como objeto deste trabalho: direitos humanos fundamentais. Encontramos, em doutrina, expressões como “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “liberdades públicas”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais”, dentre outras⁷. A diversidade terminológica em relação ao tema não é um fenômeno presente somente na doutrina, uma vez que própria Constituição Federal emprega, em seu texto, diversas expressões distintas⁸. Dentre todas as nomenclaturas, adotamos as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que consagrou a presença da segunda expressão em diversos dispositivos do texto constitucional pelos motivos que serão justificados a seguir.

Em geral, a expressão “direitos fundamentais” é empregada como o conjunto de direitos reconhecidos por um determinado Estado, normalmente em sua Constituição, como aqueles que protegem o ser humano⁹. Podem ser formalmente fundamentais quando há uma positivação ou constitucionalização neste sentido: a Constituição assim dispõe¹⁰. Por outro lado, serão materialmente fundamentais, se constituírem um mínimo existencial. O mínimo existencial tem múltiplos significados, como a um mínimo social

⁷ Não desejamos aqui abordar o tema das gerações de direitos, já bem sedimentado e criticado no plano doutrinário, Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

⁸ Ver Título II da Constituição brasileira de 1988.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377-379.

que se desdobra numa equitativa divisão de oportunidades (John Rawls)¹¹, ou ainda, imposição de uma moralidade mínima que em não se exclua da comunidade certos indivíduos (Michael Walzer), bem como “núcleo essencial da dignidade da pessoa humana”. (Robert Alexy)¹² A fundamentalidade também pode ser verificada a partir da teoria das necessidades que vem sendo desenvolvida nas ciências sociais e humanas, como na filosofia, ciência política, psicologia ou antropologia. Sofrimento, dano, ausência de situação alternativa, entre outras noções, permitem identificar padrões de satisfação das necessidades humanas para confirmar a fundamentalidade de um dado direito¹³. Por fim, é possível considerar um direito fundamental aquele em que cidadãos livres e iguais, discursivamente, consideram tão importantes sem os quais a realização de um Estado verdadeiramente democrático de direito não seria possível.¹⁴

A primeira vista, parece seguro dizer que o critério formal é suficiente para designar uma norma de direito fundamental, uma vez que a constitucionalização da norma já seria suficiente para retirá-la do alcance das maiorias representativas ocasionais, independentemente de seu conteúdo. Contudo, o professor J.J. Gomes Canotilho traz um alerta no sentido de que somente a idéia e fundamentalidade formal é insuficiente para fornecer suportes para a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, mas não constitucionalizados¹⁵. Isso é

¹¹ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹² Sobre a análise das diversas concepções de mínimo existencial, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97-133.

¹³ Rodolfo Arango explica as diversas fundamentações dos direitos sociais, entre as quais a relativa a necessidade. Nas palavras do autor: “una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgência, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona.”. Cf. ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005, p. 346. Entre nós, Paulo Leivas explica e critica a concepção do autor, cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123 e seg.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 248 e seg.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim. *Op. Cit.*, p. 379.

especialmente verdadeiro no caso do Brasil, que parece ter adotado um critério misto no artigo 5º, parágrafo 2º¹⁶. Por isso mesmo, o significado das normas definidoras de direitos fundamentais reside justamente na soma de sua fundamentalidade *formal e material*¹⁷. Por fim, registre-se que a doutrina e as instituições públicas vêm empreendendo esforços no sentido de justificar a exigibilidade de determinados direitos ou sua imunidade ao poder de reforma com base em sua essencialidade, ou seja, em um critério de fundamentalidade *material*¹⁸.

Uma dessas instituições é a Advocacia Pública que, por meio da sua tarefa de consultoria jurídica, têm colhido tais parâmetros para harmonizar os direitos fundamentais e conferir maior racionalidade a essa dimensão material de tais direitos fundamentais. É comum as Secretarias dos Estados ou os Ministérios no âmbito Federal dialogarem com a respectiva advocacia pública para saber se o judiciário tem considerado que determinada atividade administrativa viola ou não direitos fundamentais. Não significa que o judiciário seja perfeito e exemplar, nem que as prescrições do legislativo tenham pretensão de redenção de todos os problemas. Nenhuma instituição é perfeita assim como, nenhum ser humano o é. É o diálogo entre instituições e cidadãos, dotados de perspectivas e focos diferentes, que ampliará o potencial de otimizar os direitos humanos fundamentais, evitando violações e sanando omissões. Isso melhorará o diálogo com demais instituições para sugerir a adoção de determinadas medidas. Essa é também a posição de José Afonso da Silva, para quem:

A Advocacia Pública dos nossos dias não tem a função estrita de defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo. Nem é defensora dos interesses dos governantes do dia, nem dos interesses corporativos da Instituição. Seu compromisso insti-

¹⁶ Constituição de 1988, art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

tucional e funcional é com a defesa do princípio da legalidade e, especialmente, do princípio da constitucionalidade, que significa que, no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público. Por isso, para além de sua função de representação, judicial e extrajudicial da entidade pública em que se insere (União, Estado, Distrito Federal, deve contribuir também para (a) o aperfeiçoamento das instituições democráticas e, especificamente, para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário; (b) a intocabilidade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais; (c) a defesa da estabilidade dos funcionários contra o nepotismo que tem estado por trás da campanha contra essa garantia da função pública, pois ela é imprescindível não só como garantia de funções relevantes, mas também contra as nomeações políticas. Essas idéias gerais bastam para mostrar quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado.¹⁹

Não raro tais pareceres da advocacia pública, mesmo os que não possuem caráter vinculante, operam numa lógica de *soft law* e costumam ser seguidos, exercendo essa tarefa fundamental de fomentar que o Executivo seja democrático e potencializador dos direitos fundamentais. Mais precisamente, a Advocacia Pública acaba por exercer um papel fundamental na viabilização de um planejamento estratégico das políticas públicas, tão caras ao Estado social e democrático de direito, seja na formulação de sua justificativa, seja na indicação dos procedimentos a serem adotados.²⁰ Cientes desse

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 619-620.

²⁰ MÖLLER, Max. **Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed especial de 45 anos, 2010

novo cenário, no qual o parecer pode ou não ter efeito vinculante, o Judiciário e a doutrina já construíram parâmetros para lidar com a responsabilização do parecerista público. Quem melhor estudou e condensou de forma objetiva o tema foi José Vicente Santos de Mendonça, como se pode conferir na seguinte passagem:

(1) os advogados públicos não são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a idéia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, o consultor público seria co-responsável pelo ato administrativo.²¹

Veja-se que essa tarefa a cada dia torna-se mais árdua, complexa e arriscada, sobretudo quando não basta mais respeitar ou efetivar os direitos fundamentais, previstos constitucionalmente. É preciso observar e concretizar também os direitos humanos, os direitos positivados em convenções e tratados de direito internacional que aspiram a criar posições jurídicas a todos os seres humanos. Independentemente de quaisquer vinculações com uma ordem constitucional específica, há quem defenda que se trata de normas imperativas de direito internacional, normas de *ius cogens*, possuindo ou caráter supranacional, ou um caráter constitucional, de modo que tais direitos formariam uma espécie de bloco de constitucionalidade.

²¹ A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro Standards. Revista de Direito da Procuradoria Geral n. 65, 2010,. Disponível também em: <http://www.pge.proderj.rj.gov.br/Revista64/10-A%20Responsabilidade%20do%20Parecerista%20Publico%20em%20quatro%20standards.pdf>

de²². A Constituição brasileira, por exemplo, no art. 5º, §2º²³, prevê expressamente que os direitos fundamentais previstos na constituição não excluem outros decorrentes dos tratados de direitos humanos, inaugurando uma discussão doutrinária e jurisprudencial longa sobre o status de tais tratados. Nem mesmo a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou o status supralegal dos anteriores a EC 45 e constitucional, se passar pelo procedimento análogo ao de Emenda previsto por essa no art. 5º, §3º da Constituição²⁴.

Existem críticas ao STF e discussões sobre o tema, e não desejamos entrar em detalhes sobre o ele. Seja qual for o entendimento adotado, é essencial que o Estado de direito se tornou um Estado internacional de direito²⁵, o que significa que o estado deve adequar sua atividade também aos tratados de direitos humanos, como, por exemplo, ao Pacto de São José da Costa Rica. Um caso representativo disso foi a condenação do Estado brasileiro em relação à guerrilha do Araguaia que também possui uma trajetória acidentada. Em 2010, o STF considerou recepcionada a Lei de Anistia. A Corte Interamericana, porém, no caso Gomes Lund e nº 11552, condenou do Brasil pelos crimes ocorridos na Guerrilha do Araguaia, afirmando expressamente que não pretendia rever a decisão do STF, embora tenha igualmente afirmado que a lei de anistia brasileira é incompatível com a convenção americana de direitos humanos, não

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 29.

²³ MELLO, Celso de Albuquerque. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-34.

²⁴ Trabalhando a evolução do constitucionalismo em quatro ondas (legalismo, constitucionalismo, internacionalismo e universalismo), Cf. MAZZUOLI, Valério e GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Direito supranacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Sobre a internacionalização do direito, Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Da mesma autora, Cf. **“La refondation de pouvoirs In: Etudes juridiques comparatives ET internationalisation du droit.”**. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL20030_delmas_marty_res0506.pdf>. Acesso em: 20/10/2010.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: Miguel Carbonell. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 27.

sendo válido por um “controle de convencionalidade”²⁶. Veja que, nesse cenário globalizado, instala-se um intenso diálogo entre direitos humanos e fundamentais para o qual é necessário preparar a Administração Pública e os agentes públicos para não só não incorrem em atividades contrárias aos direitos humanos, mas também para lhes dar concretude. Como já falamos, e repetimos com outras palavras, a Advocacia pública possui um papel pedagógico importante na instrução da conduta dos agentes públicos para os direitos humanos.

É por isso que hoje é mais adequado em *direitos humanos fundamentais*²⁷. É que a despeito dos possíveis significados distintos das expressões, a maior parte das Constituições do pós-guerra se inspirou nas declarações internacionais de direitos humanos, aproximando, materialmente, ambas as categorias. Percebe-se um claro processo de aproximação ou harmonização rumo ao que vem sendo chamado no campo dos direitos humanos e fundamentais, fomentado pela emergência de um “direito constitucional internacional” mais intenso. Fortalece-se, com isso, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio da soberania estatal, pois

²⁶ Sobre o “controle de convencionalidade”, Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76-95. Do mesmo autor, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Direito do Estado**, n. 14, 2009. SAGUES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad**. Estudios Constitucionales n. 8º, n. 1, Universidade de Talca, 2010.

²⁷ Para uma reflexão sobre o tema, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo, Saraiva, 2007. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral. São Paulo, Atlas, 2007. COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-69. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. Sobre os direitos sociais internacionais, Cf. PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 77-92. PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: SARLET, Ingo. (Org.) Direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-263. MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo. (Org.) Direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215-232.

revela-se como um tema de interesse legítimo da sociedade internacional. Como bem colocou Flávia Piovesan, “*prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente de sua soberania*”²⁸.

Tamanha importância permite-nos compreender a necessidade de um grau de autonomia dos Procuradores do Estado face aos governantes para que se possa dizer o que é preciso dizer e não o que se deseja que seja dito. Quando se trata de proteção dos direitos humanos fundamentais, a autonomia para colaborar com o Executivo é uma parceira à medida que o procurador pode afirmar sem medo, se consultado, que determinado ato do secretário, ministro, governador ou Presidente é ilegal. Nesse sentido, a Constituição de 1988 requer a estruturação em carreira e o ingresso por concurso público para que não tenha o temor de ser exonerado. O Supremo Tribunal federal inclusive já decidiu que a criação de assessorias jurídicas com cargos em comissão apenas constituiria um burla a regulamentação constitucional da advocacia pública²⁹. Muitos autores hoje discutem a necessidade de ampliar esse grau de autonomia das procuradorias, como diminuir a instabilidade institucional e aumentar a estabilidade na proteção do interesse público³⁰. A proposta chegou a ser inicial

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento**: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 97.

²⁹ STF DJU 25.04.97, ADI 881-1/ES, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁰ HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A importância das Procuradorias como órgãos de assessoramento jurídico do Estado e a necessidade de autonomia**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006, 68: “Somente com a almejada independência as Procuradorias ficariam livres das vicissitudes ideológicas dos administradores que se sucedem de quatro em quatro anos, podendo, enfim, reestruturar esses Órgãos de forma a cumprirem plenamente sua atribuição constitucional que é, em última análise, a preservação do interesse e do patrimônio públicos.”

mente formulada nos trabalhos que resultou no que seria a Emenda Constitucional, mas não se converteu em texto constitucional³¹.

É bom que seja assim para que as Procuradorias possam promover um diálogo institucional³² mais sincero e eficiente entre o Executivo, as diretrizes do legislativo e as decisões judiciais. Como dito, as Procuradorias encontram-se no meio do caminho e se vocacionadas, portanto, à promoção de um diálogo que não seja adversarial, mas epistemicamente positivo para construção de soluções democráticas e inteligentes para os problemas da vida. Com esse intuito, algumas procuradorias de vanguarda têm se aparelhado com órgãos capazes de promover esse diálogo para a otimização dos direitos humanos fundamentais, como, por exemplo, a Procuradoria dos Serviços de Saúde (PGE-RJ)³³ e a Comissão Permanente de Defesa dos Direitos

³¹ “No concernente às PGEs, a PEC 45 não aprovou o dispositivo que concedia autonomia administrativa, funcional e financeira às procuradorias, a despeito de toda a luta das entidades representativas dos procuradores – Anape e demais associações estaduais. Em que pese a derrota, a luta não cessou. O deputado federal Flávio Dino (PC do B/ MA) apresentou a PEC 82/2007, que objetiva – especificamente no artigo 132 – conceder a tão almejada autonomia às procuradorias. A prerrogativa também será analisada na PEC paralela da Reforma do Judiciário. A autonomia institucional da PGE se mostra de vital importância para a defesa do interesse público, pois vai permitir a construção de uma nova PGE com estrutura administrativa à altura de seu relevante papel, sem as injunções políticas que muitas vezes amesquinham o papel da instituição na defesa do interesse coletivo.” Disponível em : http://www.apep.org.br/revista_anape1.php?not_id=6092

³² Para um discussão mais profunda sobre os diálogos institucionais, MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Tese de doutorado da USP, 2008, p 193 e ss.

³³ “Representa o Estado em juízo nos processos que tenham por objeto principal o cumprimento do dever de saúde pública, tal como o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos; a realização de tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos; a internação em unidades hospitalares e o atendimento médico móvel; **e a alteração de políticas e programas públicos de saúde.**” <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=157555>

Humanos (PGE-RS)³⁴. Diante de uma administração ativista na implementação de políticas públicas, é igualmente necessária uma procuradoria proativa, sendo louváveis tais iniciativas. Afinal, em um Estado em que todos os três poderes interpretam a Constituição e se voltam à implementação de direitos humanos fundamentais, as políticas devem ser testadas e contestadas no espaço público pelo uso público da razão, porque, apenas assim, serão percebidos seus erros e acertos. É em maior ou menor grau o método da experimentação e da tentativa e erro que faz parte da vida de uma sociedade democrática. Para diminuir os erros, o acompanhamento por meio de um diálogo sincero e cooperativo, é o que tais órgãos se dispõem a realizar, e revela-se imprescindível, sendo mais facilmente obtido entre agentes organizados e autônomos.

3 A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A advocacia pública tem duplo papel quando se aproxima do judiciário. Em primeiro lugar, realizar a defesa da fazenda pública em juízo e, em segundo, recomendar que a Administração modifique sua conduta para respeitar o ordenamento jurídico e efetivar ainda mais os direitos fundamentais. O diálogo institucional com o Judiciário tem papel fundamental em possibilitar a cooperação entre os poderes constituídos e ampliar o grau de proteção atribuído aos direitos fundamentais, uma vez que para a concretização destes não basta

³⁴ LEI COMPLEMENTAR Nº 11.742/2002: “**Art. 13 - (...) Parágrafo único** - Integrará o Gabinete, também, Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos, com o objetivo de orientar a atuação institucional nesta área, composta por Procuradores do Estado representantes dos órgãos de execução com funções especializadas em razão da matéria, de coordenação e integração e de pesquisa e documentação.”

que os jurisdicionados possam contar com um Judiciário ativista³⁵, mas também com a garantia de decisões delimitadas por parâmetros razoáveis e dentro das reais possibilidades de prestação da administração. Por isso, a proposta aqui será a de trabalhar o papel da Advocacia Pública proativa seja na relação com a Administração, seja em juízo por meio de parâmetros capazes de ampliar a concretização dos direitos fundamentais (com especial foco nos direitos sociais), dividindo-os em duas categorias: (i) parâmetros procedimentais; (ii) parâmetros materiais³⁶.

A idéia de máxima efetividade e concretização dos direitos fundamentais tem constituído uma pauta relevante do constitucionalismo contemporâneo³⁷.

³⁵ É o que bem explica Max Möller: “Na verdade, é necessário uma evolução de todas as instituições no sentido de construir uma cultura jurídica que possibilite um acordo, um respeito e uma harmonia das atividades próprias do Poderes de Estado. Ainda que a concentração de poder no Poder Judiciário – principalmente no caso dos juízes de 1º grau – possa parecer tentadora ao detentor de poder em um primeiro momento; nossa história ensina que todas as tentativas de concentração de poder sempre foram subjugadas quando esse nível de concentração não mais servia aos cidadãos. Na história recente, basta verificar o absolutismo, seguido do legicentrismo do período liberal, ou o próprio fim da discricionariedade.” Cf. MÖLLER, Max. **Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed especial de 45 anos, 2010

³⁶ Há quem trabalhe com a proporcionalidade com intuito semelhante, Cf. CARPENEDO, Cláudia Elisandra de Freitas. **A justificabilidade do direito fundamental à saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para sua concretização**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.65, 2007, p. 59 e ss.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

nesse sentido, uma das facetas mais visíveis desse fenômeno diz respeito à judicialização das políticas públicas relativas aos direitos sociais. A possibilidade de o Judiciário condenar a Administração a prover prestações sociais é, de fato, uma das principais inovações do constitucionalismo contemporâneo, superando a concepção clássica de magistrados como meros aplicadores da norma produzida pelo legislador³⁸. Decisões desse tipo têm se reproduzido com

³⁸ Sobre o tema, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515; SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

certa frequência, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁹ quanto das cortes infraconstitucionais. Contudo, o que se observa na prática é que a casuística e a falta de parâmetros de tais decisões têm resultado em um grave desequilíbrio não somente das finanças públicas, mas também das relações entre os entes federativos, uma vez que freqüentemente são desrespeitados os limites da competência

³⁹ Cite-se como exemplo: BRASIL. STF, *DJU* 24 nov.2000, RE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso Mello: “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

de cada ente para o fornecimento daquela prestação, resultado em ônus excessivos para um ou outro ente. Note-se que o judiciário é um poder contramajoritário, enquanto o legislativo e executivo são democraticamente eleitos do que resultam uma preferência a priori da decisão desses últimos⁴⁰.

Qual o papel da advocacia pública nesse processo? De que forma a atuação do advogado público pode contribuir para a proteção do equilíbrio federativo e racionalização das prestações sociais em face da escassez de recursos e da casuística das decisões judiciais?

Max Möller, de forma bem pertinente, explica que a participação da Advocacia Pública na viabilização das políticas públicas em face de um contexto de judicialização se dá, basicamente, em três momentos: (i) na elaboração da justificação constitucional da política pública, demonstrando a juridicidade da opção técnico-administrativa, uma vez que uma política que demonstre a intenção de cumprir uma determinação constitucional tem muito menos possibilidades de sofrer uma intervenção judicial; (ii) na ciência dos procedimentos adotados e da preparação constitucional da política pública, de modo a levar à defesa judicial da política pública, se necessário, todos os elementos necessários para a análise de sua constitucionalidade e, por fim, (iii) na orientação e adaptação das políticas públicas já existentes ao teor de decisões judiciais. Dessa forma, exige-se da Advocacia Pública hoje uma nova abordagem para lidar com o controle de políticas públicas próprio do constitucionalismo contemporâneo⁴¹⁻⁴².

De fato, não se pode negar que o modelo de desenvolvimento

⁴⁰ Nesse Sentido, FONTE, Felipe de Melo. **Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para atuação judicial**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro n 64, .

⁴¹ MÖLLER, Max. **Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed especial de 45 anos, 2010

⁴² Nesse sentido, Luís Roberto Barroso também compreende a reformulação do papel do Poder Judiciário como um dos elementos mais significativos do constitucionalismo contemporâneo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 203-249.

adotado pela Constituição de 1988 imponha uma atuação de natureza positiva pelo Poder Público, o que pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Apesar da vagueza com a qual o constituinte tratou o tema no art. 3º, II, esforços vêm sendo empreendidos no sentido de identificar um conteúdo material de natureza social no direito ao desenvolvimento⁴³. No entanto, defender tal teoria esbarra em algumas dificuldades, a começar pela própria conceituação de “direito ao desenvolvimento”.

A sociedade internacional compreende o direito ao desenvolvimento como um *direito humano*. Na ausência de uma delimitação constitucional mais clara, nos filiaremos a esta concepção, com fundamento no art. 4º, II da Constituição⁴⁴. Nesse sentido, a Declaração a Respeito do Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas na forma da resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986, define o direito ao desenvolvimento da seguinte forma: *Artigo 1º §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.*⁴⁵ (Grifo nosso)

⁴³ Para uma discussão a respeito do conteúdo material do direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988 e sua normatividade, confira-se: DORE FERNANDES, Eric Baracho. **A normatividade do direito ao desenvolvimento**. *Mimeo* (no prelo para publicação pela revista Direito Público); DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Justiça e comunidade na luta pelos avanços sociais: o papel do poder judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento**. *Mimeo*.

⁴⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos. No mesmo sentido, APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. Considerações a respeito da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Direito ao Desenvolvimento. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. p. 675-723.

⁴⁵ ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

A garantia do desenvolvimento nacional, então, pressupõe não apenas um conceito meramente *quantitativo* – correspondendo à idéia de crescimento econômico, mas também um conceito *qualitativo*, onde o crescimento econômico corresponda a um proporcional incremento do bem-estar de toda a população, com a justa redistribuição dos benefícios resultantes entre todos os membros da sociedade⁴⁶. Por isso, não é surpresa alguma que a opção do constituinte de 1988 em incluir o direito ao desenvolvimento dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil tenha sido acompanhada pela constitucionalização de um extenso rol de direitos sociais, destinados à redução das desigualdades através de prestações estatais de natureza positiva, destinadas a concretizar um patamar *material* (e não mais simplesmente *formal*) de isonomia⁴⁷. Assim, o direito ao desenvolvimento e os direitos sociais apresentam-se como duas facetas distintas e complementares da mesma moeda: estes se destinam a concretização daquele em uma dimensão qualitativa. É o que se poderia chamar de um *modelo social de desenvolvimento*⁴⁸. Contudo, como tornar real este projeto constitucional de desenvolvimento?

Um dos debates mais conhecidos entre os juristas acerca do desenvolvimento repousa na afirmação de normatividade das normas

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49; GRAU, Eros Roberto. Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**. Vol. 519. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 14.

⁴⁷ “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 186.

⁴⁸ Nesse sentido, DORE FERNANDES, Eric Baracho. **A Normatividade do Direito ao Desenvolvimento: Elementos para a Exigibilidade Judicial**. Op. Cit.; DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Justiça e comunidade na luta pelos avanços sociais: o papel do poder judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento**. Op. Cit.

programáticas⁴⁹ relativas à concretização do projeto de Constituição dirigente, sendo assim chamados os textos constitucionais que ao contrário de se limitarem como um reflexo do presente, buscam anunciar *ideais* a serem concretizados em um processo de evolução política em determinado sentido⁵⁰. Essa abordagem inevitavelmente acaba por levar à discussão acerca da concretização judicial dos direitos fundamentais desse projeto constitucional⁵¹. O próprio jurista português e principal idealizador do conceito de Constituição dirigente, o professor José Joaquim Gomes Canotilho, chega a dizer que “a Constituição dirigente está morta”⁵². Não quis, com isso, renegar totalmente o papel da Constituição como elemento transformador da realidade social. Explicou que a Constituição dirigente estaria morta se o dirigismo constitucional fosse entendido como um “normativismo constitucional” revolucionário e milagroso, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias⁵³. Para manter a força normativa de uma Constituição⁵⁴, deve haver uma análise dinâmica com a realidade que envolve a verificação das: (i) provisões financeiras garantidas por sistema fiscal eficiente; (ii) estrutura da despesa

⁴⁹ Sobre o tema, confira-se o clássico: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

⁵¹ Sobre a legitimidade da atuação contramajoritária da Jurisdição Constitucional em um ambiente democrático, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 331-346.

⁵² GRAU, Eros Roberto. Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵³ “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias.”(...) “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. (...)” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2º Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** <Die Normative Kraft der Verfassung>. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

pública orientada para o financiamento dos direitos e investimentos produtivos que os assegurem; (iii) orçamento público equilibrado; e (iv) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado⁵⁵. Todavia, a dificuldade de verificação de tais pressupostos em um país como o Brasil, seja devido ao crescimento das despesas públicas, seja devido a diversos déficits estruturais, tem colocado em questão a sustentabilidade do Estado Social.

Diante da ausência de tais pressupostos de sustentabilidade, no Estado social de direito existe um profundo desacordo político e econômico sobre o modo de efetivar os direitos sociais e quem tem competência para fazê-lo. O desacordo aumenta quando se está em contextos nos quais existe uma vasta demanda por efetivação de direitos sociais e uma escassez de recursos para fazê-lo. Acaba surgindo, por isso, uma tensão entre a jurisdição constitucional – o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos do poder público – e a democracia. Enquanto os membros dos poderes Executivo e Legislativo são agentes públicos eleitos e investidos em seus cargos pelo batismo da democracia representativa, o mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, cuja investidura se dá, na maioria das vezes, através de critérios predominantemente técnicos (em geral, concursos públicos de provas e títulos). Questiona-se então a legitimidade de um poder composto por indivíduos não representativos da vontade popular serem competentes para invalidar atos de poderes representativos e, no caso dos direitos fundamentais, implementar judicialmente as políticas públicas. É a chamada *dificuldade contramajoritária*⁵⁶. Diante dessa tensão entre jurisdição constitucional

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-32.

⁵⁶ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch**. 2 ed. Yale University Press, 1986, p. 1-33. Registre-se de que hoje a doutrina tem se debruçado de forma profunda sobre o tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Nesse sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

e democracia, surge a necessidade de formular parâmetros⁵⁷ para racionalizar a judicialização das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais⁵⁸. Os parâmetros podem ser agrupados em duas grandes categorias: processuais e materiais.

Em relação aos parâmetros processuais, recomenda-se ampliar o uso dos processos coletivos ao invés das ações individuais⁵⁹. Privilegiar ações coletivas, ao invés das ações individuais, restringindo-se as últimas às hipóteses de danos irreversíveis e a inobservância dos direitos conferidos pelo legislador e administrador com base em lei, é capaz de desorganizar menos a administração pública. Além disso, elas garantem a universalização da medida, atendendo de forma isonômica a todos os que estejam nas mesmas condições,

⁵⁷ Para uma visão mais detalhada sobre a utilização da técnica de parâmetros, conferir: LEGALE FERREIRA, Siddharta. Standards: O que são e como criá-los? **Revista de Direito dos Monitores da UFF**, v. 8, p. 3-31, 2010. Do mesmo autor, aplicando a metodologia de parâmetros especificamente no que concerne à eficácia dos direitos sociais, LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Estado social e democrático de direito: História, direitos fundamentais e separação de poderes**. Disponível em: <http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 20/06/2011.

⁵⁸ Para uma discussão mais profunda sobre os parâmetros relacionados à judicialização das políticas públicas de direitos sociais, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515; SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁹ Andreas Krell destaca a relevância da tutela coletiva, em especial ação civil pública, na implementação desses direito. Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 103-106. Sobre a dificuldade em adotar tal opção é que os mecanismos tradicionais de proteção dos direitos fundamentais individuais, quando uma lógica coletiva se faz necessária, Cf. COURTIS, Christian e ABRAMOVICH, Victor. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161-166. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.122 e ss.

não somente os demandantes de um processo judicial⁶⁰. Nada mais natural quando se tratam de direitos fundamentais de caráter social que são normalmente de divisão coletiva.

Um caso que demonstra as vantagens da utilização dos processos coletivos em demandas envolvendo direitos sociais diz respeito à ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal para incluir na tabela de procedimentos do SUS cirurgias de mudança de sexo⁶¹. A decisão do Tribunal acolheu os argumentos do Ministério Público Federal e determinou que as cirurgias de redesignação sexual fossem custeadas pelo Sistema Único de Saúde. No entanto, o impacto que essa decisão traria nas finanças públicas e em outras políticas públicas de saúde em andamento levou a União a ajuizar uma suspensão de tutela antecipada para suspender os efeitos do acórdão. No STF, em decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, o pedido foi acolhido. Apesar de não demonstrar discordância da fundamentação do acórdão do TRF, a Ministra entendeu que a decisão impactaria nas finanças públicas, pelo fato das cirurgias de mudança de sexo não estarem previstas pela programação orçamentária federal. Confira-se a ementa de tal decisão:

⁶⁰ Por representar uma forma isonômica de resolver conflitos envolvendo direitos transindividuais é que os processos coletivos normalmente são incluídos como a 2ª onda de acesso a justiça, na classificação de Mauro Cappelletti. O Brasil, em especial, exerce um papel de destaque em nível mundial, sendo o país com o maior número de instrumentos capazes de proteger interesses transindividuais, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-40.

⁶¹ EMENTA - Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. (...) Para um estudo sistemático sobre o tema, Cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: Um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno virtual (Instituto Brasileiro de Direito Público)**, v. 1, p. 1-34, 2010.

(...) Não desconheço o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo (patologia devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde: CID-10 F64.0), que se submetem a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar, nos termos da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização, pessoas que merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário. Ressalte-se, entretanto, que, no caso em apreço, foi concedida tutela antecipada, determinando-se à União que promova, no prazo de 30 dias, *“todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme os critérios estabelecidos na Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina”* (fls. 147-148), bem como edite ato normativo que preveja a inclusão desses procedimentos cirúrgicos na tabela de procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde (Tabela SIH/SUS). É dizer, no presente caso, não se está analisando uma situação concreta, individual, um caso específico, determinou-se, sim, à requerente que tome providências normativas e administrativas imediatas em relação aos referidos procedimentos médico-cirúrgicos, motivo pelo qual entendo que se encontra devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional, porquanto a execução do acórdão ora impugnado repercutirá na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas. (...) Ante o exposto, **defiro** o pedido para suspender a execução do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS.⁶²

O caso é interessante por dois motivos. Em primeiro lugar, destaca a importância do diálogo entre administração e judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde. Em segundo lugar,

⁶² STF, DJ 12/12/2007, STA 185. Rel. Min. Ellen Gracie.

é um tema atual: a necessidade de a administração não atuar com preconceitos contra aqueles que optam ou que possuem um padrão de afetiva não heterossexual, seja contra os homossexuais, seja contra os transexuais. A dupla vantagem da utilização dos processos coletivos está nisto: efetivar a igualdade como redistribuição de direitos econômicos e a igualdade como reconhecimento de direitos. Não é raro nessa tarefa encontrar pareceres precursores na Advocacia Pública em sua atuação pelo reconhecimento de tais direitos, inclusive de ordem previdenciária dos casais homoafetivos, recentemente chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferente do que acontece com os processos individuais, torna-se mais fácil tanto para a Administração quanto para o Judiciário, identificar o impacto “macro” da decisão nas políticas públicas de saúde e no orçamento e deliberar sobre a sua concretização. Com uma única decisão foi possível impedir graves danos ao erário e à organização administrativa, até que se tivesse condições de, efetivamente, implementar esse tipo de procedimento no SUS. E foi efetivamente o que ocorreu: em 29/09/2009, por meio da petição nº 137.005, o Procurador-Geral da República comunicou a edição da portaria do Ministério da Saúde de número 1.707/2008⁶³ que institui a cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. Sendo assim, ocorreu a perda do interesse de agir da União e a perda superveniente do objeto do pedido de suspensão de tutela antecipada.

Outro parâmetro processual importante diz respeito à ampliação do diálogo institucional entre os três poderes, para que todos possam cooperar para a ampliação da proteção dos direitos fundamentais. Afinal, mesmo que o Ministério Público provoque o Judiciário a atuar de forma ativista nas condenações em face da Administração Pública, é certo que os recursos necessários para instituir as políticas públicas necessárias não surgirão da noite para o dia. É necessário um diálogo institucional mais amplo, para que todos os entes envolvidos nas políticas públicas de saúde possam conhecer os reais limites da Administração em arcar com o ônus dessas decisões.

Dois exemplos de ampliação deste diálogo institucional de-

⁶³ Ministério da Saúde. Portaria no 1707/2008. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html.

monstram alternativas interessantes. O primeiro diz respeito à convocação de audiências públicas, com a participação de operadores do direito, acadêmicos, cidadãos, administradores e gestores. O Supremo Tribunal Federal tem empreendido esforços no sentido de ampliar o diálogo institucional em matéria de direitos fundamentais através de audiências públicas envolvendo tanto o direito à saúde⁶⁴ quanto à educação⁶⁵. Isso é essencial porque a efetivação da Constituição depende não só dos três poderes, embora esses desempenhem um papel de relevo. O povo também é intérprete e pré-intérprete da constituição, de modo que é preciso aproximar o senso comum das instituições para ampliar o controle e a possibilidade de, em uma democracia, os cidadãos desenvolverem a inevitável capacidade de cuidarem de si próprios⁶⁶.

O outro diz respeito à criação, no âmbito do próprio Poder Judiciário, de núcleos de assessoramento, integrando representantes da Administração e profissionais com conhecimento técnico suficiente para avaliar a real necessidade da prestação jurisdicional e ajudar a identificar eventuais fraudes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em exemplo pioneiro, instituiu o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) em parceria entre a Secretaria do Estado de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro. O “NAT” assessora os juízes em ações de medicamentos, tendo completado dois anos de atividades em abril de 2011.

⁶⁴ STF. **Audiência pública sobre saúde**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>.

⁶⁵ BRASIL. STF. **Audiência pública sobre ações afirmativas no ensino público superior**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 20/06/2011.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**<Die Offene Gesellschaft der Versungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und “Przessualen” Versungsinterpretation> Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris.

A equipe é composta por 26 profissionais distribuídos entre aqueles da área administrativa, enfermeiros, nutricionistas e médicos⁶⁷.

Contudo, as reais potencialidades desse modelo são extremamente complexas. A judicialização constante das políticas públicas, em especial em matéria de saúde, tem levado as procuradorias estaduais e municipais a criarem núcleos especializados nesse tipo de direito. No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há uma procuradoria de serviços de saúde⁶⁸. Parece-nos que uma eventual parceria entre os núcleos da Advocacia Pública e aqueles existentes dentro do próprio Judiciário poderia contribuir para a racionalização das decisões judiciais através dos diversos parâmetros de atuação aqui propostos. A tendência certamente será uma confluência, já que melhor que vencer litígios é vencer a carência e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais. Não há dúvidas de que o Judiciário e a Advocacia Pública sabem disso.

Um último parâmetro processual diz respeito à legitimidade passiva para demandas que envolvam, em especial, fornecimento de medicamentos. É que a despeito da existência de uma lista do SUS sistematizando de forma precisa os medicamentos que são de responsabilidade de cada ente federativo, muitas decisões judiciais desrespeitam a repartição de competências entre os entes federativos. Esse tipo de decisão acaba por acarretar ônus inesperados para os entes federativos, que acabam por ter de fornecer medicamentos originariamente na lista de outra esfera de governo. Esse entendimento normalmente tem por fundamento o art. 23 da Constituição,

⁶⁷ Dados disponíveis na página do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na seguinte notícia no website do Tribunal: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home?p_p_id=portletnoticias_WAR_portletnoticias&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_portletnoticias_WAR_portletnoticias_acao=noticia-visualizar&_portletnoticias_WAR_portletnoticias_metodo=carregar¬iciald=5101>. Acesso em: 20/06/2011.

⁶⁸ “Representa o Estado em juízo nos processos que tenham por objeto principal o cumprimento do dever de saúde pública, tal como o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos; a realização de tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos; a internação em unidades hospitalares e o atendimento médico móvel; e a alteração de políticas e programas públicos de saúde.” Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=157555>>. Acesso em: 20/06/2011.

que delimita como competência administrativa comum da União, Estados e Municípios a saúde.

No Rio de Janeiro, por exemplo, a impossibilidade do chamamento ao processo do ente responsável encontra amparo no enunciado nº 65 da súmula de jurisprudência dominante do Tribunal: *“Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6. e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 6.080/90, a responsabilidade solidaria da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito a saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.”*. Contudo, tal entendimento esbarra em uma série de dificuldades e problemas de ordem prática. Vejamos.

Primeiramente, do ponto de vista da repartição de competências entre os entes federativos, a Constituição da República atribuiu competência legislativa concorrente sobre saúde, cabendo à União, aos Estados e aos Municípios legislar concorrentemente sobre o tema, conforme artigos 24, XII e 30, II do texto constitucional. À União Federal cabe estabelecer as normas gerais, conforme dispõe o 24, § 1º. A seguir o texto constitucional prevê, no art. 24, § 2º, que aos Estados cabe suplementar a legislação federal. Por fim, quanto aos Municípios, cabe legislar sobre os assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal. Quanto a esse aspecto não há maiores controvérsias.

A respeito do aspecto administrativo, ou seja, formular e executar as obrigações constitucionais de natureza positiva que constituem as políticas públicas de saúde, a previsão constitucional é de competência comum, no artigo 23, II. É certo que atribuir uma competência comum não significa uma *superposição* entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência ilimitada em relação a todos os tipos prestações positivas em matéria de saúde, o que acarretaria a ineficiência na prestação destes serviços. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) estabeleceu a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, de modo a racionalizar a atuação de cada ente federativo por meio de uma municipalização. Em relação à distribuição dos medicamentos, a competência de cada ente federativo não está na lei, sendo previstas em diversos atos administrativos federais, estaduais e municipais,

prevendo os medicamentos que devem ser fornecidos à população. Nessa linha, estados como o Rio Grande do Sul, procuram atuar na lógica de incumbir ao Município a farmácia básica, aos Estados os medicamentos e tratamentos excepcionais e à União os raros.

As decisões judiciais e o próprio Supremo Tribunal Federal, porém, ignoram tal lógica, o que possui o potencial de maximizar a desordem, os desequilíbrios e as injustiças entre os entes federativos, uma vez que uns acabam tendo que fornecer medicamentos já previstos na lista de outros, que se vincularam a este fim. Parece-nos muito mais apropriado que se respeite a legitimidade passiva dos entes que se vincularam para o fornecimento daquele medicamento em especial, sendo solidária à responsabilidade somente quando (i) mais de um ente é responsável pelo fornecimento daquele medicamento ou procedimento; (ii) nenhum dos entes seja responsável. É a posição sustentada pelo professor e advogado público Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o tema em artigo específico sobre o tema:

Parâmetro: o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido

60. Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.⁶¹ Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em

tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.⁶⁹

O segundo eixo do debate refere-se aos parâmetros materiais. Em primeiro lugar, o deferimento judicial de direitos sociais só se justifica em favor daqueles que não têm condições de arcar com os custos da prestação com recursos próprios, os denominados hipossuficientes. De fato, em muitas situações o administrador acaba por se deparar com demandas onde o autor possui condições de arcar com os custos de determinado medicamento ou tratamento, e, mesmo assim, bate às portas do Poder Público, gerando um desequilíbrio nos programas destinados a atender aqueles realmente hipossuficientes. Um caso concreto muito interessante, extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ilustra bem o problema. Trata-se de agravo de instrumento interposto por fundação municipal de saúde, na qual o procurador municipal descobriu que a agravada (que, frise-se, alegava ser hipossuficiente) arcava com as prestações de um barco, em valor muito mais elevado do que o custo do tratamento pleiteado. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LEITE. O AGRAVANTE TEM O DEVER DE PROMOVER POLÍTICAS PÚBLICAS, COM VERBAS ORÇAMENTÁRIAS PRÓPRIAS, DESTINADAS A GARANTIR A SAÚDE DOS CIDADÃOS CARENTES, QUE, POR FORÇA DESTA CONDIÇÃO, NÃO DISPÕEM DE RECURSOS PARA A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS QUE NECESSITEM. A AUTORA NÃO PODE SER CONSIDERADA HIPOSSUFICIENTE, TENDO EM VISTA QUE SUA GENITORA PAGA MENSALMENTE UMA PARCELA PELA AQUISIÇÃO DE UMA LANCH. MARCA TECNOBOATS. CONFORME DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. DE TAL SORTE. NÃO PODE COMPELIR OS COFRES PÚBLICOS A CUSTEAREM O TRATAMENTO DE SUA FILHA, QUE NÃO ULTRAPASSAVA O VALOR MENSAL DE CERCA DE R\$ 2.500,00. DESSA FORMA,

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007, p. 113.

IMPÕE-SE A REFORMA DA DECISÃO, PARA QUE SEJA INDEFERIDO O REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 557, §1-A DO CPC.⁷⁰

O próximo parâmetro proposto diz respeito a dar preferência para a opção técnica previamente implementada pela Administração em relação à apresentada pelo demandante, não devendo o Judiciário, em regra, compelir a Administração a prestar tratamento diverso para a mesma patologia. Decidir de outra forma ultrapassa a legitimidade do Poder Judiciário em controlar os limites mínimos do dever constitucional de fornecer aquele direito, adentrando no mérito administrativo. Recomenda-se, além disso, a escolha da solução mais econômica, quando não houver medicamento previamente estabelecido pelas opções técnicas da própria administração. Se, por exemplo, já existir um medicamento genérico, esta se revela a melhor a opção do julgador em detrimento de opções mais caras, fabricadas por laboratórios. Em um cenário de recursos escassos e que não raro se ter que fazer escolhas trágicas, como a de salvar uma vida em detrimento de outra, a escolha da solução mais econômica, longe de consubstanciar um utilitarismo cinza e documental, representa um pragmatismo que se preocupa com as consequências das escolhas públicas de modo a maximizar a fruição dos direitos humanos fundamentais.

O último parâmetro material leva em consideração o contexto, afirmando que, quanto maior a política de concretização de direitos sociais, menor deve ser a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. O raciocínio inverso também é verdadeiro, sendo certo que, diante da carência em efetivar os direitos sociais, justifica-se um maior ativismo judicial. É claro que, nesse juízo, entra na balança também se o ambiente revela condições econômicas favoráveis ou se vive uma situação de recessão. No primeiro caso, a interpretação deve extrair o máximo de conteúdo para satisfação dos interesses sociais. Em contrapartida, em situações de crises econômicas é de se

⁷⁰ TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 0033464-64.2010.8.19.0000. Rel. Des. Helena Candida Lisboa Gaede.

esperar uma redução nas prestações sociais. Nesse sentido, de forma precisa, Jorge Miranda explica que a efetivação dos direitos sociais deve ser compatível com o “nível de sustentabilidade existente”⁷¹. Considerando esse contexto, não é possível que o Judiciário substitua os poderes representativos na elaboração de políticas públicas, devendo limitar-se a garantir a vinculação mínima desses poderes aos patamares constitucionais mínimos exigidos por nosso modelo de desenvolvimento. A idéia deste parâmetro é justamente guiar o intérprete de modo a “calibrar” os freios e contrapesos, de forma mais precisa, o grau de atuação do Judiciário em face das políticas públicas.

4 APONTAMENTOS FINAIS

A concretização do extenso rol de direitos humanos fundamentais pressupõe o intenso e sincero diálogo entre os três poderes. Em um Estado democrático de direito, vocacionado à cultura dos direitos humanos, instituições como a Advocacia Pública simbolizam a possibilidade de que a maximização do diálogo institucional entre os três poderes e os cidadãos é possível e eficiente. Em tempos de judicialização excessiva, faz-se necessário uma Administração proativa na proteção dos direitos humanos fundamentais, em especial de minorias como forma de possibilitar a implementação e a universalização do acesso a tais direitos, e que seja discutida com fundamentos em critérios técnicos e racionais, superando-se a noção de um ativismo.

Por isso, inicialmente, o texto destacou o múnus do advogado público como um espaço privilegiado para concordância prática entre a necessidade de se adequar as políticas públicas aos patamares mínimos exigidos por nosso modelo de desenvolvimento, e também a racionalização deste controle judicial com parâmetros mais adequados para guiar as decisões judiciais, sem perder de vista as experiências bem sucedidas na prática.

Em seguida, destacou-se o papel da Advocacia Pública como defensor da Fazenda Pública em juízo, mas não só, também como

⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 443.

defensor dos direitos humanos fundamentais em juízo. O atual modelo de atuação do advogado público impõe que se busque não exonerar o ente público de suas obrigações, mas assegurar que o controle Judiciário das políticas públicas leve em consideração critérios razoáveis, capazes de garantir o equilíbrio entre os entes federativos e a manutenção das políticas públicas como um todo, o que significa entre outras coisas a necessidade de uma maior deferência às opções políticas da Administração e a adoção de ações coletivas como a via procedimental para discuti-las.

Enfim, conclui-se que uma instituição tão singular, como a Advocacia Pública, ao transitar entre dois ambientes institucionais distintos – Administração e Judiciário-, torna-se capaz de algo raro nos dias de hoje: olhar para fora das próprias instituições, compartilhando a expertise técnica da Administração e as políticas públicas do governo com os juízes e, por outro lado, revela-se igualmente apta a colher e incorporar a crítica judicial ao Executivo nas práticas administrativas, como uma forma de melhorar a realidade dos direitos humanos fundamentais por meio de um diálogo institucional.

5 REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. Virgílio Afonso da Silva)**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. Considerações a respeito da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Direito ao Desenvolvimento. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. p. 675-723.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: LOBO

TORRES, Ricardo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007, p. 89 e ss.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2º Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da

“constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-32.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-69

DORE FERNANDES, Eric Baracho. **A normatividade do direito ao desenvolvimento**. *Mimeo* (no prelo para publicação pela revista Direito Público).

_____. **Justiça e comunidade na luta pelos avanços sociais: o papel do poder judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento**. *Mimeo*.

_____. O transexual e a omissão da lei: Um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno virtual (Instituto Brasiliense de Direito Público)**, v. 1, p. 1-34, 2010.

DELGADO, José Augusto. **Autonomia das procuradorias dos estados**. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Da mesma autora, Cf. “**La refondation de pouvoirs In: Etudes juridiques comparatives ET internatinalisation du droit**.”. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL20030_delmas_marty_res0506.pdf>. Acesso em: 20/10/2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo, Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração.** São Paulo: Malheiros, 2009.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública: Estudo classificatório de direito comparado.** Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007

GRAU, Eros Roberto. Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento. **Revista dos Tribunais.** Vol. 519. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979

_____. Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição** <Die Offene Gesellschaft der Verssungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und “Przessualen” Verssungsinterpretation> Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** <Die Normative Kraft der Verfassung>. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A importância das Procuradorias como órgãos de assessoramento jurídico do Estado e a necessidade de autonomia.** Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Estado social e democrático de direito: História, direitos fundamentais e separação de poderes.** Disponível em: <http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 20/06/2011.

_____. Standards: O que são e como criá-los? **Revista de Direito dos Monitores da UFF**, v. 8, p. 3-31, 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Direito do Estado**, n. 14, 2009

_____.; GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Direito supranacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso de Albuquerque. **O §2º do art.5º da Constituição Federal.** In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.** São Paulo: Tese de doutorado da USP, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo, Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116.

_____. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. Sobre os direitos sociais internacionais.

_____. **Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: SARLET, Ingo. (Org.) **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-263. MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo. (Org.) **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215-232.

_____; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 77-92.

SAGUES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad**. Estudios Constitucionales n. 8º, n. 1, Universidade de Talca, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515;

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.